

VU Research Portal

Civielrechtelijke niet-nakoming en oplichting

Diesfeldt, A.C.

published in

Delikt en Delinkwent
2014

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Diesfeldt, A. C. (2014). Civielrechtelijke niet-nakoming en oplichting. *Delikt en Delinkwent*, 2014/62(8), 641-655.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Civielrechtelijke niet-nakoming en oplichting²

DD 2014/62

62.1 Hoge Raad 14 mei 1991, NJ 1991, 750 m.nt. Van Veen

“6.1 De enkele omstandigheid dat men zich in strijd met de waarheid voordoet als een koper van onroerend goed die bereid en in staat is de koopsom daarvan bij of korte tijd na de overdracht van dat onroerend goed te voldoen, levert niet op het aannemen van een valse hoedanigheid in de zin van art. 326 Sr.”

62.2 Hoge Raad 4 april 2006, NJ 2006, 398 m.nt. Keijzer

“4.6 Voor wat de klacht aangaande de listige kunstgrepen betreft moet worden vooropgesteld dat de wet dienaangaande niet meer eist dan dat het slachtoffer daardoor in concreto is bedrogen. Daarbij komt het aan op alle omstandigheden van het geval, de persoonlijkheid van het slachtoffer daaronder begrepen.

Gelet op de uit de gebezigde bewijsmiddelen blijkende manier waarop de verdachte en zijn mededader(s) genoemde slachtoffer hebben bewogen tot afgifte van geld, wetende dat het ging om ‘een oudere, eenzame man die de consequenties van zijn handelen niet meer voldoende overziet’, naar het Hof heeft vastgesteld, getuigt ‘s Hofs oordeel dat zij listige kunstgrepen in de zin van art. 326 Sr hebben aangewend en dat dit oplichting oplevert, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel behoeft geen nadere motivering. Voorzover het middel daarover klaagt, is het tevergeefs voorgesteld.”

62.3 Hoge Raad 15 november 2011, NJ 2012, 279 m.nt. Reijntjes

“3.3 De bewezenverklaring, voor zover inhoudende dat de verdachte A. door een samenweefsel van verdichtsels, te weten dat hij zijn vrouw naar het ziekenhuis had moeten brengen en daar alles had laten liggen zodat hij geen geld had, heeft bewogen tot afgifte van geld kan gelet op hetgeen hiervoor is overwogen onder 3.2 zonder nadere omstandigheden, die het Hof niet heeft vastgesteld, niet uit de inhoud van de door het Hof gebezigde bewijsmiddelen worden afgeleid. In zoverre is de bestreden uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omkleed. Het middel is gegrond.”

62.4 Hoge Raad 13 november 2012, NJ 2012, 661

“2.3 De hiervoor onder 2.2.2 weergegeven bewijsmiddelen houden met betrekking tot de bewezenverklaringen van feit 1 en feit 2 in dat de verdachte J. en K. door het aannemen van een valse hoedanigheid heeft bewogen tot afgifte van geld, hierin bestaande, zakelijk weergegeven, dat de verdachte zich bij de verkoop van het schoonmaakgerei in strijd met de waarheid heeft voorgedaan als iemand die geld aan het inzamelen was voor kinderen en daarbij heeft medegedeeld dat de opbrengst van de verkoop ten bate kwam van een goed doel, terwijl de winst van ongeveer 4 tot 5 euro per pakketje poetsartikelen voor hemzelf was bestemd. Het oordeel van het Hof dat de verdachte zich aldus heeft bediend van een valse hoedanigheid als bedoeld in art. 326 Sr geeft

¹ Docent/onderzoeker bij de sectie Strafrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

² Citeerwijze: A.C. Diesfeldt, ‘Civielrechtelijke niet-nakoming en oplichting’, DD 2014, 62.

niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het optreden van de verdachte van dien aard was dat hij zich een hoedanigheid heeft aangematigd om onverdiend vertrouwen te wekken en op bedrieglijke wijze gebruik heeft gemaakt van een in het maatschappelijk verkeer geldend patroon op grond waarvan J. en K., die blijkens de door het Hof gebezigde motivering van de straf een hoge leeftijd hadden, mochten verwachten dat de opbrengst van de verkoop van het schoonmaakgerei daadwerkelijk ten goede zou komen aan een goed doel en in die verwachting geld hebben afgegeven.

2.4.1 Voor het antwoord op de vraag of uit door een verdachte gebezigde leugenachtige mededelingen kan worden afgeleid dat het slachtoffer door een samenweefsel van verdichtsels is bewogen tot afgifte van een goed, als bedoeld in art. 326 Sr, komt het aan op alle omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoren de vertrouwenwekkende aard, het aantal en de indringendheid van de (geheel of gedeeltelijk) onware mededelingen in hun onderlinge samenhang, de mate waarin de in het algemeen in het maatschappelijk verkeer vereiste omzichtigheid degene tot wie de onwaarachtige mededelingen waren gericht aanleiding had behoren te geven die onwaarachtigheid te onderkennen of zich daardoor niet te laten bedriegen, en de persoonlijkheid van het slachtoffer (vgl. HR 15 november 2011, *LJN BQ8600*, *NJ 2012/279*).

2.4.2 De bewezenverklaringen van feit 1 en feit 2, voor zover inhoudende dat de verdachte J. en K. door een samenweefsel van verdichtsels heeft bewogen tot afgifte van geld, kunnen, gelet op hetgeen hiervoor onder 2.4.1 is overwogen, niet uit de inhoud van de door het Hof gebezigde (onder 2.2.2 weergegeven) bewijsmiddelen worden afgeleid. De enkele leugenachtige mededeling van de verdachte dat de opbrengst van de verkoop van het schoonmaakgerei voor een goed doel was bestemd, terwijl hij in werkelijkheid voornemens was die opbrengst voor zichzelf te behouden, is daarvoor onvoldoende. In zoverre is de bestreden uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

2.4.3 De Hoge Raad zal om redenen van doelmatigheid de verdachte alsnog vrijspreken van dit onderdeel van de tenlasteleggingen onder 1 en 2. Vrijpraak van het gewraakte onderdeel van de tenlasteleggingen doet geen afbreuk aan de aard en ernst van het bewezenverklaarde in zijn geheel beschouwd, zodat het middel niet tot cassatie met terugwijzing van de zaak of verwijzing daarvan naar een ander hof behoeft te leiden.

2.5 Ten aanzien van het onder 3 bewezenverklaarde feit heeft het Hof blijkens de onder 2.2.2 weergegeven bewijsmiddelen vastgesteld dat de verdachte het in strijd met de waarheid heeft voorgesteld alsof hij 'voor de meter kwam' en daarbij heeft gezegd dat voor het vervangen daarvan een eigen bijdrage van € 150 betaald moest worden. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het Hof hieruit afgeleid dat de verdachte een valse hoedanigheid heeft aangenomen, namelijk die van iemand die namens de leverancier van elektriciteit optrad in verband met het vervangen van de elektriciteitsmeter en uit dien hoofde bevoegd was een daarvoor verschuldigde eigen bijdrage in ontvangst te nemen.

Aldus heeft het Hof niet blijk gegeven van een verkeerde opvatting omtrent het begrip 'valse hoedanigheid' als bedoeld in art. 326 Sr.

In het licht van hetgeen hiervoor onder 2.4.1 is vooropgesteld getuigt 's Hofs oordeel dat hetgeen de verdachte V. heeft medegedeeld ook valt aan te merken als een 'samenweefsel van verdichtsels' als bedoeld in art. 326 Sr niet van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl dat oordeel evenmin onbegrijpelijk is, in aanmerking genomen dat die mededeling in meer dan één opzicht onjuist was en gelet op hetgeen uit de gebezigde bewijsmiddelen blijkt omtrent de persoon van V.

2.6 Het middel treft derhalve ten dele doel.”(...)

62.5 Hof 's-Gravenhage 20 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW5086

“Op grond van het procesdossier stelt het hof de volgende feiten en omstandigheden vast. Via de website marktplaats.nl heeft de verdachte twee kaarten voor het evenement Lowlands aangeboden. De aangeefster heeft hierop gereageerd, en nadat zij met de verdachte overeenstemming had bereikt over de koop, heeft zij het overeengekomen geldbedrag overgemaakt op zijn bankrekening. De kaarten zijn vervolgens nooit geleverd.

In navolging van jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 2-11-2010, *LJN*: BM4208) stelt het hof voorop dat het enkele aangaan van een overeenkomst en het vervolgens in gebreke blijven op zichzelf - ook indien degene die de overeenkomst is aangegaan al voorzag niet aan zijn verplichtingen te kunnen voldoen - niet het aannemen van een valse hoedanigheid noch een listige kunstgreep als bedoeld in artikel 326 van het Wetboek van Strafrecht oplevert.

Uit het procesdossier kan naar het oordeel van het hof niet volgen dat de verdachte een valse naam of valse hoedanigheid heeft aangenomen, danwel dat hij gebruik heeft gemaakt van een of meer listige kunstgrepen of een samenweefsel van verdichtsels. Derhalve kan de primair tenlastegelegde oplichting niet wettig en overtuigend bewezen worden verklaard.”

62.6 Hof 's-Gravenhage 16 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1640

“Op basis van voornoemde feiten en omstandigheden is het hof van oordeel dat ten aanzien van het onder 3 tenlastegelegde geen sprake is van ‘de enkele omstandigheid’ dat de verdachte zich als bonafide verkoper voordeed. Door de gebruikmaking van een valse naam (ook in de directe communicatie met aangeefster), de gebruikmaking van een (valse) bedrijfsnaam en het toezenden van een factuur met daarop eveneens vermelding van een (valse) bedrijfsnaam heeft de verdachte een valse hoedanigheid aangenomen en gebruik gemaakt van een samenweefsel van verdichtsels. Deze gedragingen hadden kennelijk tot doel aangeefster in de waan te brengen dat de verdachte een betrouwbare verkoper was. Het hof acht het dan ook aannemelijk dat de aangeefster in casu door voormelde gedragingen van de verdachte, tezamen en in onderling verband bezien, is bewogen tot de afgifte van het in de tenlastelegging genoemde geldbedrag.”

62.7 Rechtbank Noord-Holland 2 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11557

“3.3 Voor de beantwoording van de vraag of verdachte zich met betrekking tot de ten laste gelegde feiten schuldig heeft gemaakt aan oplichting, gaat de rechtbank uit van de volgende werkwijze die doorgaans en ook in het onderhavige geval bij de verkoop van goederen via de internet-site www.marktplaats.nl door particulieren die geen webwinkel exploiteren, wordt toegepast.

Die particulieren die via de website www.marktplaats.nl veelal goederen van betrekkelijk geringe waarde, zoals bijvoorbeeld mobiele telefoons te koop aanbieden, doen dat doorgaans niet met gebruikmaking van hun volledige naam en adres, maar hetzij onder vermelding van alleen een voor- of achternaam of onder vermelding van een zogenaamde nickname. Daardoor beschikt degene die besluit om dit soort goederen via genoemde website te kopen, doorgaans niet over de volledige NAW-gegevens van degene die die goederen te koop aanbiedt. Tot verzending van deze aangekochte goederen zal de verkoper in het algemeen pas overgaan, nadat de koper het overeengekomen aankoopbedrag heeft voldaan. De koper zal er daarom bij voldoening van het overeengekomen aankoopbedrag op vertrouwen dat hij met een betrouwbare verkoper te maken heeft die na betaling de aangekochte goederen zal toezenden.

Het systeem van de verkoop van dit soort goederen via www.marktplaats.nl door particulieren die niet een webwinkel exploiteren, is daarom redelijkerwijs slechts bestaanbaar, wanneer de aspirant koper erop kan vertrouwen dat de verkoper een bonafide verkoper is die tot levering van de

betaalde goederen zal overgaan. Nader onderzoek naar de identiteit en betrouwbaarheid van de aspirant verkoper voorafgaande aan het betalen van de overeengekomen koopprijs, mag – mede in aanmerking genomen de betrekkelijk geringe waarde van de aan te kopen goederen – redelijkerwijze van de aspirant koper niet zonder meer worden verlangd.

Daarbij verdient opmerking dat het voor de koper die het door hem bestelde goed heeft betaald, maar dit niet geleverd heeft gekregen, veelal niet eenvoudig dan wel slechts na het maken van hoge kosten valt te realiseren om het door hem ten onrechte betaalde bedrag terug te krijgen.

In dit verband dringt zich – zij het spiegelbeeldig – op een vergelijking met de restaurantbezoeker die zich door het bestellen en vervolgens nuttigen van eten en drinken, terwijl hij niet van plan is de te nuttigen waren te betalen, in welk geval wordt aangenomen dat er sprake is van oplichting door het aannemen van de valse hoedanigheid van bonafide restaurantbezoeker (HR 10 februari 1998, *NJ* 1998,497).

Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, komt de rechtbank tot het oordeel dat de maatschappelijke context, waarin vorenomschreven handel via www.marktplaats.nl plaatsvindt, meebrengt dat verdachte door zich als bonafide verkoper presenterende particulier die via voormelde website en derhalve anders dan via een webwinkel, goederen van betrekkelijk geringe waarde ten verkoop aanbiedt, maar die van meet af aan niet voornemens was de gekochte goederen na betaling door de kopers aan hen te verzenden, de valse hoedanigheid van bonafide verkoper aanneemt en aldus op listige wijze de kopers beweegt tot afgifte van de overeengekomen koopprijs.”

62.8 Rechtbank 's-Gravenhage 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19224

“4.4 Responderend op de door de raadsman gevoerde verweren overweegt de rechtbank als volgt. Uit de bewijsmiddelen volgt dat verdachte met de aangevers in deze zaak telkens in contact kwam door uit eigen beweging te reageren op internetadvertenties waarin door de aangevers entreebewijzen voor onder meer voorstellingen en evenementen – en in enkele gevallen andere goederen – te koop werden gevraagd. Verdachte wist door deze handelswijze van tevoren dat degene met wie hij contact had het goed heel graag, en vaak op korte termijn, wilde hebben. Verdachte deed zich in dit contact telkens in strijd met de waarheid voor als ware hij in het bezit van hetgeen te koop werd gevraagd en presenteerde zich als een bonafide verkoper daarvan. Daarbij heeft hij zich in het merendeel van de zaken bediend van leugens om het vertrouwen van de aangevers te winnen en hen te bewegen het geld voorafgaand aan de levering naar hem over te maken. Zo vertelde hij de aangevers in strijd met de waarheid gedetailleerd over de redenen waarom hij zelf niet in staat zou zijn om gebruik te maken van de entreebewijzen. Bovendien maakte verdachte, nadat hij met naam en toenaam op diverse websites stond vermeld als zijnde oplichter, jegens diverse aangevers gebruik van een gefingeerde naam, kennelijk om te voorkomen dat men na een zoekslag op internet zou ontdekken dat hij niet zou leveren en hen zodoende te bewegen om (desondanks) tot betaling over te gaan. Voorts heeft verdachte in dit verband in een aantal zaken ook misbruik gemaakt van de namen en rekeningnummers van anderen. Verdachte was nimmer in het bezit van hetgeen werd gevraagd en had nimmer de intentie zijn toezeggingen na te komen. De rechtbank is, gelet op dat alles van oordeel dat in casu niet enkel sprake is van het aangaan van overeenkomsten die vervolgens niet worden nagekomen, maar dat wel degelijk sprake is van oplichting in strafrechtelijke zin. Daarbij komt dat naast de hierboven omschreven gebezigde methoden ook de schaal waarop verdachte zich met de hem verweten gedragingen heeft beziggehouden in het geheel niet past in het beeld van een persoon die incidenteel zijn verplichting tot levering van een goed niet nakomt (en waarbij het in de rede ligt deze gedraging slechts langs de weg van het civiele recht te benaderen).”

1 Inleiding

In het Wetboek van Strafrecht zijn verschillende delictsomschrijvingen te vinden die in essentie zien op het niet-naleven van civielrechtelijke verplichtingen. Zo is in artikel 327 Sr het in dwaling brengen van een verzekeraar bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst strafbaar gesteld en in artikel 348 Sr het onttrekken van een goed aan de pandhouder. In de praktijk vaker voorkomende en daardoor meer bekende delicten zijn oplichting (artikel 326 Sr) en verduistering (artikel 321 Sr). Het openbaar ministerie kan de verdachte van zo'n strafbaar feit vervolgen, maar deze delicten kunnen evengoed in een civielrechtelijke procedure wegens niet-nakoming (artikel 6:74 BW) door het slachtoffer aan de orde worden gesteld. Denk bijvoorbeeld aan de zogenoemde – tegenwoordig veel voorkomende – Marktplaatsoplichting, waarbij de verkoper wel het met de koper overeengekomen geldbedrag ontvangt, maar vervolgens zijn verplichting om het goed te leveren niet nakomt. Hoewel voor de strafrechtelijke bestrijding van maatschappelijk ongewenst gedrag een ruim draagvlak aanwezig lijkt te zijn, rijst de vraag of het strafrecht als *ultimum remedium* wel dient te worden ingezet om iedere schending van civielrechtelijke normen tegen te gaan. Nu de *ultimum remedium*-gedachte niet als een rechtsregel of rechtsbeginsel kan worden beschouwd, maar eerder als een abstracte voorrangsregel, kan niet in zijn algemeenheid de vraag worden beantwoord wanneer, in welke gevallen en onder welke omstandigheden de inzet van het strafrecht gerechtvaardigd is.³ Zo is de vraag in welke gevallen een civielrechtelijke niet-nakoming moet leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens oplichting niet eenvoudig te beantwoorden. Precies deze vraag wil ik in deze bijdrage aan een nader onderzoek onderwerpen. Om tot een antwoord op die vraag te komen, wordt allereerst in paragraaf 2 kort ingegaan op de delictsomschrijving van artikel 326 Sr. Daarna wordt in paragraaf 3 onderzocht wanneer naar het oordeel van de Hoge Raad sprake is van oplichting. In paragraaf 4 zal vervolgens aandacht worden besteed aan de feitenrechtspraak ter zake van de hiervoor genoemde Marktplaatsoplichting. In paragraaf 5 sluit ik deze bijdrage af met enkele slotopmerkingen.

2 De delictsomschrijving van artikel 326 Sr

Ten tijde van de Code Pénal werd de burger tegen oplichters beschermd door artikel 405 CP. Deze bepaling had niet als doel om bedrog in het algemeen strafbaar te stellen, maar slechts die verschijningsvormen van bedrog die als zó moreel verwerpelijk werden beschouwd dat de bedrogene moest kunnen rekenen op ingrijpen door de overheid.⁴ De wetgever wilde namelijk niet ieder goedgevolvig persoon bescherming bieden door middel van het strafrecht. Het recht komt alleen te hulp aan de burger van gewone voorzichtigheid en niet in ieder geval aan elke dwaas, aldus de wetgever.⁵ Het huidige Wetboek van Strafrecht bevat een vergelijkbare strafbaarstelling. Artikel 326 lid 1 Sr bepaalt dat degene die ten doel heeft om zichzelf of een ander wederrechtelijk te bevoordelen met behulp van één van de in die bepaling genoemde oplichtingsmiddelen, zich schuldig maakt aan oplichting indien de bedrogene daardoor wordt bewogen tot het afgeven van een goed, het verlenen van een dienst, het ter beschikking stellen van gegevens, het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld. Uit de tekst van deze bepaling kan een viertal voorwaarden

3 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de betekenis van de *ultimum remedium*-gedachte J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaïsch desideratum?', *Ars Aequi* 2012, p. 11-18.

4 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, 2e druk, herzien en aangevuld met wijzigingen door J.W. Smidt, tweede deel, Haarlem 1891, p. 545.

5 Smidt II 1891, p. 551.

voor oplichting worden afgeleid. Een eerste voorwaarde is dat de verdachte de handeling heeft verricht met het oogmerk om zichzelf of een ander wederrechtelijk te bevoordelen. De overige voorwaarden hangen met elkaar samen, in die zin dat tussen het aanwenden van één van de in artikel 326 lid 1 Sr genoemde oplichtingsmiddelen (voorwaarde 2) en één van de in die bepaling genoemde gedragingen waartoe de bedrogene wordt bewogen (voorwaarde 3) een oorzakelijk verband dient te bestaan (voorwaarde 4).

Het door de verdachte gehanteerde oplichtingsmiddel moet voor het slachtoffer dus de reden zijn geweest om bijvoorbeeld de verdachte geld te geven. De rechtspraak waarin een antwoord kan worden gevonden op de vraag waar de grens tussen de niet-strafbare en de strafbare niet-nakoming in de zin van artikel 326 Sr ligt, richt zich voornamelijk op de vraag of de betreffende gedragingen van de verdachte onder één van de oplichtingsmiddelen vallen en of voornoemd causaal verband aanwezig is. Om die reden zullen in het onderstaande voornamelijk die aspecten onder de loep worden genomen. Wanneer een gedraging niet als oplichting kan worden aangemerkt, heeft het slachtoffer – zoals gezegd – nog de mogelijkheid om een civiele procedure te starten. De eisen voor het aantonen van een niet-nakoming zijn namelijk minder streng dan de vereisten die in artikel 326 Sr zijn neergelegd.

3 Wanneer is naar het oordeel van de Hoge Raad sprake van oplichting?

3.1 Inleiding

Oplichting kan plaatsvinden door middel van het aannemen van een valse naam, het aannemen van een valse hoedanigheid, listige kunstgrepen of een samenweefsel van verdicht-sels.⁶ Van het aannemen van een valse naam is sprake indien de verdachte zich presenteert onder de naam van een ander. Uit mededelingen van de verdachte moet kunnen worden afgeleid dat hij een zekere naam voert. Het is dus niet nodig dat de verdachte daadwerkelijk zegt hoe hij heet.⁷ In de rechtspraak van de Hoge Raad komt de valse naam slechts sporadisch voor, waarschijnlijk omdat de uitleg van dit oplichtingsmiddel weinig vragen oproept. Om die reden ga ik hieronder dieper in op de overige oplichtingsmiddelen, waarbij ik ook het causaal verband aan de orde laat komen.

3.2 Het aannemen van een valse hoedanigheid

Nu de wetgever geen criteria voor de invulling van het aannemen van een valse hoedanigheid heeft aangedragen, komt het in de praktijk aan op de betekenis die hieraan in de rechtspraak wordt gegeven. Bij de beoordeling van de vraag of de verdachte een valse hoedanigheid heeft aangenomen, acht de Hoge Raad de maatschappelijke context waarin de verdachte heeft gehandeld van belang. Indien de verdachte en de benadeelde zich in een bepaalde situatie in het maatschappelijk verkeer bevinden waarbij het gebruikelijk is dat op basis van goed vertrouwen wordt gehandeld, heeft verdachte een valse hoedanigheid aangenomen op het moment dat hij in strijd met die verwachting handelt. Hierbij kan wor-

6 Zie J.W. Fokkens in: Noyon-Langemeijer-Remmelink, *Wetboek van Strafrecht*, supplement 150 (bijgewerkt tot 1 februari 2010), art. 326, aant. 9 en in het bijzonder J.M. Reijntjes, 'Oplichting nieuwe stijl', in: J.W. Fokkens, P.H.P.H.M.C. van Kempen, H.J.B. Sackers & P.C. Vegter (red.), *Ad hunc modum. Opstellen over materieel strafrecht* (liber amicorum A.J. Machielse), Deventer: Kluwer 2013, p. 244-252, waarin zij de ontwikkeling van de reikwijdtes van de oplichtingsmiddelen uitgebreid beschrijven. In deze rubriek beperk ik mij, waar mogelijk, tot de meest recente jurisprudentie van de Hoge Raad.

7 HR 14 oktober 1940, *NJ* 1941, 87 m.nt. Pompe, HR 24 januari 1950, *NJ* 1950, 287 m.nt. Roling, HR 5 januari 1982, *NJ* 1982, 232 m.nt. Van Veen en HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989, 656 m.nt. G.E. Mulder.

den gedacht aan het logeren in een motel⁸ of het eten in een restaurant⁹ zonder vervolgens de rekening te betalen. In die branche is het namelijk gebruikelijk dat de gast pas na zijn verblijf en/of maaltijd de rekening betaalt. Dat gebruik is ook logisch en algemeen geaccepteerd. Zoals Van Zijl en Vermeij terecht opmerken, kan de restauranteigenaar die betaling vooraf verlangt beter een snackbar beginnen.¹⁰ Dat ligt anders bij bijvoorbeeld het kopen van een auto of het huren van een grote graafmachine. In die branche kan de verkoper of verhuurder zich namelijk beter indekken tegen oneerlijkheid.¹¹ In veel gevallen wordt een vorm van zekerheidstelling gevraagd, zoals het betalen van een voorschot of borgsom of het afgeven van een kopie van het rijbewijs. Het enkele feit dat iemand zich bij het kopen of huren van een auto in strijd met de waarheid voordoet als bonafide koper of huurder levert volgens de Hoge Raad geen valse hoedanigheid op.¹² Dat ligt evenwel anders als daar nog iets anders bij komt. Denk bijvoorbeeld aan iemand die bij het huren van een auto gebruik maakt van een vals rijbewijs¹³ of aan iemand die zich bij het huren van een graafmachine voordoet als ondernemer¹⁴. Die gedragingen zorgen er namelijk voor dat de wederpartij minder voorzorgsmaatregelen treft voordat hij een prestatie levert.¹⁵ Als iemand zich niet voordoet als ondernemer, maar gewoon als particulier, dan geeft de wederpartij waarschijnlijk niet zomaar – zonder bijvoorbeeld het betalen van een borg – de graafmachine mee.

In het arrest van 13 november 2012 (62.4) heeft de Hoge Raad zich voor het laatst expliciet uitgelaten over de betekenis van de valse hoedanigheid. In die zaak ging de verdachte langs de deuren om schoonmaakspullen te verkopen. Hij vertelde de potentiële kopers dat de opbrengst van de verkoop naar een goed doel zou gaan, hetgeen gelogen was. Hij hield de winst namelijk zelf. De Hoge Raad oordeelde dat de verdachte met deze gedraging op een bedrieglijke wijze gebruik had gemaakt van een in het maatschappelijk verkeer geldend patroon. De slachtoffers, die blijkens de door het Hof gebezigde motivering van de straf een hoge leeftijd hadden, mochten verwachten dat de opbrengst van de verkoop van het schoonmaakgerei daadwerkelijk ten goede zou komen aan een goed doel, aldus de Hoge Raad.¹⁶ De hoedanigheid van de verkoper was in deze zaak dus vals genoeg om een aantal goed gelovige bejaarden te bewegen tot de afgifte van het geld, maar het is de vraag of die hoedanigheid een ieder daartoe had bewogen. Reijntjes merkt dan ook terecht op dat het lastig is om het oplichtingsmiddel los te zien van het vereiste causale verband.¹⁷

8 HR 22 mei 1990, *NJ* 1990, 801.

9 HR 10 februari 1998, *NJ* 1998, 497 (*Groningse eetpiraat*).

10 Zie R.E. van Zijl & M.J.N. Vermeij, 'Oplichting? Het verschil tussen de marktplaatsmisbruiker en de eetpiraat', *Nederlands Juristenblad* 2012, afl. 12, p. 809.

11 Zie de conclusie van advocaat-generaal Van Dorst bij HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 182 en de conclusie van advocaat-generaal Vegter bij HR 13 november 2012, *NJ* 2012, 661.

12 HR 14 mei 1991, *NJ* 1991, 750 m.nt. Van Veen respectievelijk HR 13 november 2001, *NJ* 2002, 262.

13 HR 1 februari 1983, *NJ* 1983, 470 en HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 153.

14 HR 7 maart 2000, *NJ* 2000, 383. Het voordoen als ondernemer brengt met zich dat geen onderzoek wordt gedaan voordat de machine wordt meegegeven.

15 Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Van Dorst bij het arrest HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 182, waarin hij in punt 9.3 voorbeelden geeft van door de benadeelde getroffen beveiligingsmaatregelen die de verdachte frustreert.

16 HR 13 november 2012, *NJ* 2012, 661, r.o. 2.3. De Hoge Raad overwoog in r.o. 2.5 overigens dat de andere ten laste gelegde gedraging van de verdachte – het in strijd met de waarheid voorstellen alsof hij voor de meter kwam en daarbij zeggen dat voor het vervangen daarvan een eigen bijdrage van € 150 betaald moest worden – ook kan worden aangemerkt als het aannemen van een valse hoedanigheid, maar daarbij overwoog de Hoge Raad niets over het op een bedrieglijke wijze gebruik maken van een bepaald verwachtingspatroon.

17 Reijntjes 2013, p. 249-250.

3.3 *Het toepassen van listige kunstgrepen*

Net als geldt voor de valse hoedanigheid, kan de precieze betekenis van listige kunstgrepen evenmin uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid. De Hoge Raad heeft de listige kunstgrepen omschreven als 'een of meer bedrieglijke handelingen die geschikt zijn om leugenachtige voorwendsels en valse voorstellingen ingang te doen vinden en daaraan kracht bij te zetten'.¹⁸ In het arrest van 4 april 2006 (62.2) hadden de verdachten een eenzame, bejaarde man benaderd die de consequenties van zijn handelen niet meer kon overzien. Zij hadden hem ervan overtuigd dat zijn huis grondig moest worden opgeknapt. Het slachtoffer ging akkoord met een summiere en nauwelijks gespecificeerde offerte, waarin een veel te hoge prijs was opgenomen. Het slachtoffer had ruim € 51.000 aan voorschotten betaald, terwijl de verdachten niet alle toegezegde werkzaamheden hadden verricht. Advocaat-generaal Knigge is van mening dat in deze zaak geen sprake was van oplichting. Volgens hem dient een oplichtingsmiddel van dien aard te zijn dat de burger van gewone voorzichtigheid de dupe kan worden. Nu de gemiddelde burger zich niet op een wijze zoals in voornoemde zaak zou laten beetsen, zijn volgens hem geen listige kunstgrepen toegepast.¹⁹ In deze casus is het inderdaad lastig om te zeggen waarin de kunstgrepen zitten. Niet kan worden gezegd dat het uitbrengen van een hoge, ongespecificeerde offerte per definitie een listige kunstgreep is. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat de wet ten aanzien van de listige kunstgrepen niet meer eist dan dat het slachtoffer daardoor *in concreto* is bedrogen. Bij de beoordeling daarvan acht de Hoge Raad alle omstandigheden van het geval van belang, met inbegrip van de persoonlijkheid van het slachtoffer. Gelet op de manier waarop de verdachten het slachtoffer geld afhandig hebben gemaakt en gelet ook op het feit dat de verdachten wisten dat het ging om een oudere, eenzame man die de consequenties van zijn handelen niet meer voldoende overzag, kon het Hof oordelen dat sprake was van listige kunstgrepen.²⁰ Net als in het arrest van 13 november 2012 (62.4) lijkt ook in deze zaak het causale verband een rol te spelen bij de vraag of sprake is van één van de in artikel 326 Sr genoemde oplichtingsmiddelen. De hier gehanteerde kunstgreep was voldoende om de bejaarde man te bewegen tot het laten verrichten van de werkzaamheden en de betaling daarvan, maar de uitkomst van de zaak zou waarschijnlijk anders zijn geweest indien de verdachte een geestelijk gezonde man of vrouw van middelbare leeftijd had benaderd.

3.4 *Gebruik maken van een samenweefsel van verdichtsels*

In het arrest van 15 november 2011 (62.3) overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de betekenis van het samenweefsel van verdichtsels het volgende:

“Voor het antwoord op de vraag of uit door een verdachte gebezigde leugenachtige mededelingen kan worden afgeleid dat het slachtoffer door een samenweefsel van verdichtsels werd bewogen tot (...) als bedoeld in art. 326 Sr, komt het aan op alle omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoren de vertrouwenwekkende aard, het aantal en de indringendheid van de (geheel of gedeeltelijk) onware mededelingen in hun onderlinge samenhang, de mate waarin de in het algemeen in het maatschappelijk verkeer vereiste omzichtigheid degene tot wie de mededelingen zijn gericht aanleiding had moeten geven de onwaarheid te onderkennen of zich daardoor niet te laten bedriegen en de persoonlijkheid van het slachtoffer”.²¹

18 HR 1 november 1920, NJ 1920, p. 1215.

19 Zie zijn conclusie bij HR 4 april 2006, NJ 2006, 398 m.nt. Keijzer, punt 36 en 37.

20 HR 4 april 2006, NJ 2006, 398 m.nt. Keijzer, r.o. 4.6.

21 HR 15 november 2011 (NJ 2012, 279) m.nt. Reijntjes, r.o. 3.3. Dit beoordelingskader komt in verschillende arresten van de Hoge Raad terug. Zie onder andere de arresten die hieronder nog aan de orde komen en het meest recente arrest van 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1366.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat een enkele leugen nooit een samenweefsel van verdichtsels oplevert.²² In het geval er sprake is van meer dan een enkele leugen, gaat de hoedanigheid van het slachtoffer een rol spelen bij de vraag of sprake is van een zodanig samenweefsel dat deze persoon daardoor is bewogen tot bijvoorbeeld het betalen van een geldbedrag. Er moet dus in ieder geval meer aan de hand zijn dan een enkele onware mededeling. De mededelingen die de verdachte doet, hoeven echter niet allemaal onwaar te zijn. Ware mededelingen kunnen immers aan het onware een schijn van waarheid geven.²³ In tegenstelling tot wat uit de wetsgeschiedenis daaromtrent blijkt,²⁴ heeft de Hoge Raad bovendien geoordeeld dat een opeenstapeling van leugens toereikend kan zijn om tot een samenweefsel van verdichtsels te worden bestempeld.²⁵ De leugens hoeven dus niet te zijn samengeweven en elkaar onderling te versterken.

Nadat de vraag is beantwoord of het verhaal van de verdachte meer dan één leugen bevat, dient volgens de Hoge Raad te worden beoordeeld in hoeverre de in het algemeen in het maatschappelijk verkeer vereiste omzichtigheid degene tot wie de mededelingen zijn gericht, aanleiding had moeten geven de onwaarheid te onderkennen of zich daardoor niet te laten bedriegen. Een burger van gemiddelde voorzichtigheid zou bijvoorbeeld direct onraad ruiken als er een man voor de deur zou staan die zegt dat de meter moet worden vervangen en daarvoor een eigen bijdrage van € 150 vraagt. Dat is zeker het geval wanneer – zoals in de zaak van 13 november 2012 (62.4) – daarover niets op papier staat, vijftig euro vervolgens ook voldoende is en de meter niet wordt vervangen. Het slachtoffer in deze zaak, een 90-jarige vrouw, kon duidelijk de gevolgen van haar handelingen niet meer voldoende overzien. De mededelingen van de verdachte, hoe doorzichtig ook, konden naar het oordeel van de Hoge Raad het slachtoffer ertoe bewegen om het voornoemde geldbedrag aan verdachte af te geven en leverden een samenweefsel van verdichtsels op.²⁶

Tot slot dient volgens de Hoge Raad de persoonlijkheid van het slachtoffer in ogenschouw te worden genomen bij de beantwoording van de vraag of uit de door een verdachte gebezigde leugenachtige mededelingen kan worden afgeleid dat het slachtoffer door een samenweefsel van verdichtsels werd bewogen tot het verrichten van één van de in artikel 326 Sr genoemde handelingen. De Hoge Raad relateert het samenweefsel van verdichtsels dus in die zin, dat de oplichter zich ten aanzien van het ene slachtoffer minder kan permitteren dan ten aanzien van het andere. In het ene geval leveren zijn mededelingen eerder een samenweefsel van verdichtsels op dan in het andere geval.²⁷ Ook de vraag of sprake is van een samenweefsel van verdichtsels is derhalve lastig los te zien van het causaal verband. In de zaak van 22 februari 2011 (NJ 2011, 102) vroeg de verdachte zijn ex-vriendin om € 1000. Hij zei daarbij dat zijn oma uit Angola ziek was en geopereerd moest worden en dat zijn oma daar zelf geen geld voor had. In werkelijkheid ging hij van het geld op vakantie. De Hoge Raad oordeelde dat uit de inhoud van de door het Hof gebezigde bewijsmiddelen kon niet worden afgeleid dat verdachte het slachtoffer door listige kunstgrepen en door een samenweefsel van verdichtsels tot de afgifte van het geld had bewogen.²⁸ Uit de bewijsmiddelen volgt wel dat zij de verdachte vaker geld liet pinnen, waaruit lijkt te volgen dat zij min of meer blind op hem vertrouwde. Zoals Knigge terecht opmerkt, is een dergelijk

22 HR 16 maart 1993, NJ 1993, 718. Een enkele leugen kan wel een valse hoedanigheid opleveren. Zie Reijntjes 2013, p. 244.

23 HR 19 januari 1942, NJ 1942, 574.

24 Smidt II 1891, p. 549.

25 HR 8 januari 1974, NJ 1974, 114 en HR 6 mei 2003, NJ 2003, 509.

26 HR 13 november 2012, NJ 2012, 661, r.o. 2.5.

27 Zie ook de noot van Reijntjes bij HR 15 november 2011, NJ 2012, 279 onder punt 4.

28 HR 22 februari 2011, NJ 2011, 102, r.o. 2.3. Nadat opnieuw cassatieberoep was ingesteld, gaf de Hoge Raad in het arrest van 15 oktober 2013 (NJ 2014, 13 m.nt. Reijntjes) eenzelfde oordeel.

vertrouwen in een liefdesrelatie begrijpelijk, maar is in deze zaak niet komen vast te staan dat het slachtoffer slechts als gevolg van het verhaal van de verdachte tot de afgifte van het geldbedrag is overgegaan. Knigge meent dat het slachtoffer bij wijze van spreken alles zou hebben geloofd wat verdachte zegt.

4 Zijn malafide verkopers op Marktplaats oplichters?

4.1 Inleiding

Heden ten dage doet de burger zijn aankopen veelvuldig via internet, waaronder Marktplaats. In veel gevallen ontmoeten de koper en verkoper elkaar daarbij niet. Het is dan vast gebruik dat de koper het overeengekomen geldbedrag overmaakt, waarna voor de verkoper de verplichting ontstaat om het goed te leveren. In steeds meer gevallen komt de verkoper die verplichting echter niet na.²⁹ Op het internet zijn diverse fora te vinden waarop burgers hun ongenoegen uiten over het feit dat zij zijn opgelicht en daarvan aangifte wensen te doen, maar van de politie te horen krijgen dat voor hen slechts de weg naar de civiele rechter open staat. Hoewel met de toename van *online* winkelen dus steeds meer mensen zich opgelicht voelen, kan de vraag worden gesteld of zij daadwerkelijk te maken hebben met een oplichter in de zin van artikel 326 Sr, of slechts met een wanpresteerder.

4.2 Het enkele niet leveren van een goed: wel of geen oplichting?

Met betrekking tot de grens tussen de niet-strafbare en de strafbare niet-nakoming in de zin van artikel 326 Sr heeft de Hoge Raad in verschillende arresten geoordeeld dat het enkele zich in strijd met de waarheid voordoen als bonafide koper – ook indien de verdachte bij het aangaan van de overeenkomst al voorzag niet aan zijn verplichtingen te kunnen voldoen – geen oplichting oplevert.³⁰ Eenzelfde oordeel gaf de Hoge Raad in zaken waarin de verdachte zich in strijd met de waarheid voordeed als bonafide huurder.³¹ Voornoemde zaken komen er in de kern op neer dat één van de partijen zijn uit de gesloten overeenkomst voortvloeiende verplichting niet nakomt. Dat is bij het niet leveren van een goed ook het geval. Niet leveren, terwijl de wederpartij het geldbedrag reeds heeft overgemaakt, is dus op zichzelf geen oplichting, ook niet als de verdachte bij het sluiten van de koop al wist dat hij nooit zou gaan leveren. Nu de verdachte door het niet nakomen van zijn leveringsverplichting evenwel in gebreke is, heeft de benadeelde de mogelijkheid om via de burgerlijke rechter nakoming af te dwingen of om schade te verhalen. Hierbij dient echter wel te worden opgemerkt dat dat hoge kosten met zich brengt, zeker wanneer het gaat om relatief kleine bedragen die de benadeelden ten onrechte hebben betaald. Je kunt dan ook discussiëren over de vraag of de mogelijkheid tot het indienen van een vordering een voldoende geschikt middel is om het conflict tussen de koper en verkoper op te lossen en het strafrecht daarmee buiten de deur te houden. Verschillende feitenrechters vinden van niet en oordelen dat het enkele zich in strijd met de waarheid voordoen als bonafide verkoper,

29 Uit empirisch onderzoek is gebleken dat één op de veertig burgers het product waarvoor hij heeft betaald, niet geleverd krijgt. Zie J. van Wilsem, 'Gekocht, maar niet gekregen. Slachtofferschap van online oplichting nader onderzocht', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2010, afl. 4, p. 25. Dit onderzoek zag niet specifiek op aankopen die via Marktplaats zijn gedaan, maar op de *online* verkoop van goederen in het algemeen.

30 HR 14 mei 1991, *NJ* 1991, 750 m.nt. Van Veen, HR 7 april 1998, *NJ* 1998, 498, HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 182.

31 HR 23 mei 2000, *NJ* 2000, 474, HR 13 november 2001, *NJ* 2002, 262, HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8638 en HR 2 november 2010, *NJ* 2010, 600.

het enkele niet leveren, als oplichting dient te worden aangemerkt.³² De redenering van de rechtbank Breda is daarbij dat de verdachte door dusdanig te handelen op een bedrieglijke wijze gebruik heeft gemaakt van het in het maatschappelijk verkeer geldende patroon van een verkoper die koopwaar aanbiedt en een koper die voor die koopwaar betaalt en vervolgens de goederen geleverd ziet,³³ die van de rechtbank Noord-Holland dat de maatschappelijke context waarin de handel via Marktplaats plaatsvindt, meebrengt dat de verdachte zich heeft voorgedaan als bonafide verkoper³⁴ en die van de rechtbank Utrecht en Zwolle-Lelystad dat Marktplaats bij uitstek het medium is waar veel mensen in goed vertrouwen goederen kopen en verkopen³⁵. Zij lijken zich hierbij te baseren op de rechtspraak van de Hoge Raad waarin hij heeft geoordeeld dat indien verdachte en benadeelde zich in een bepaalde situatie in het maatschappelijk verkeer bevinden waarbij het gebruikelijk is dat op basis van goed vertrouwen wordt gehandeld, verdachte een valse hoedanigheid heeft aangenomen op het moment dat hij in strijd met die verwachting handelt.³⁶ Ik meen echter dat de feitenrechters zich ten onrechte op die rechtspraak baseren. De Hoge Raad heeft het argument van het maatschappelijk verkeer immers ingezet voor de situatie waarin het treffen van voorzorgsmaatregelen niet goed mogelijk is, zoals in een restaurant. Dat geldt niet bij transacties die plaatsvinden via Marktplaats. Zoals hieronder zal blijken, kan de koper namelijk verschillende voorzorgsmaatregelen treffen om te voorkomen dat hij wordt benadeeld.

4.3 Voor oplichting is méér nodig dan het niet leveren van een goed

Naast de feitenrechters die oordelen dat het enkele niet leveren van een goed dient te worden aangemerkt als oplichting, zijn er ook feitenrechters die oordelen dat die gedraging geen oplichting oplevert³⁷, hetgeen zich mijns inziens beter laat verenigen met de rechtspraak van de Hoge Raad. Als het enkele niet leveren van een goed geen oplichting is, rijst de vraag wanneer de malafide verkoper op Marktplaats zich daar dan wél schuldig aan maakt. Uit de feitenrechtspraak blijkt dat oplichting veelal wordt aangenomen vanwege het feit dat de verdachte naast het niet leveren van een goed, gebruik heeft gemaakt van een valse naam.³⁸ Het ligt dan voor de hand dat de feitenrechter de overige oplichtingsmiddelen, waarvan geen sprake is, uit de tenlastelegging wegstreept. Het valt echter op dat

32 Zie o.a. Rb. Almelo 26 oktober 2007, ECLI:NL:RBALM:BB6750, Rb. Roermond 8 april 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BI2037, Hof Leeuwarden 3 september 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ6902, Rb. Maastricht 8 december 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BK6187, Rb. Arnhem 2 juni 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM6703, Rb. Midden-Nederland 25 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1872, Rb. Midden-Nederland 25 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1885, Rb. Gelderland 8 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:BZ9709 en Hof 's-Hertogenbosch 11 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3013. In al deze uitspraken werd het enkele niet leveren van een goed beschouwd als het aannemen van een valse hoedanigheid.

33 Rb. Breda 1 april 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BC8213 en Rb. Breda 1 april 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BC8241. Zie ook Hof 's-Gravenhage 16 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1647, waarin het hof oordeelt dat geen sprake is van het enkele niet leveren, maar van het misbruik maken van het op Marktplaats geldende handelspatroon met een daaraan verbonden specifieke rolverwachting van de deelnemers.

34 Rb. Noord-Holland 2 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11557.

35 Rb. Utrecht 17 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV1498, Rb. Utrecht 17 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV1510, Rb. Utrecht 17 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV1594 en Rb. Zwolle-Lelystad 7 november 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU5753.

36 Zie hierover paragraaf 3.2.

37 Zie o.a. Rb. Amsterdam 30 november 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK4742, Hof 's-Gravenhage 20 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW5086 en Rb. Noord-Holland 29 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ9266.

38 Rb. Arnhem 5 september 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BE9908, Rb. Zutphen 3 juli 2009, ECLI:NL:RBZZUT:2009:BJ1414, Rb. Haarlem 17 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8294, Hof Leeuwarden 1 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP6256, Rb. Maastricht 11 mei 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BQ4797 en Hof Leeuwarden 5 september 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BT1911.

verschillende feitenrechters (voor het gemak?) alle oplichtingsmiddelen in de bewezen-verklaring laten staan, terwijl die niet allemaal uit de bewijsmiddelen volgen.³⁹ Eveneens opvallend is dat enkele feitenrechters oordelen dat de verdachte door gebruik te maken van een valse naam, een valse hoedanigheid heeft aangenomen.⁴⁰ Hoewel het wenselijk zou zijn als feitenrechters een (goede) keuze maken tussen de oplichtingsmiddelen, kan dit tegelijkertijd worden gerelativeerd, omdat uit de bewijsmiddelen in ieder geval blijkt dat sprake is van één van de oplichtingsmiddelen en dan met name het aannemen van een valse naam. Een groter probleem is dat in veel rechterlijke motiveringen niets wordt overwogen over de vraag óf, en zo ja: waarom, het gebruik maken van een valse naam hetgeen is geweest dat de benadeelde ertoe heeft bewogen om een geldbedrag naar de rekening van de verdachte over te maken.⁴¹ Daardoor blijft in het ongewisse of de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan oplichting. Zonder nadere motivering is het namelijk moeilijk voorstelbaar dat iemand wél een geldbedrag overmaakt als hij in de veronderstelling verkeert met Piet van doen te hebben, maar dat niet zou doen als de verkoper Jan zou heten. Ik zou mij kunnen voorstellen dat dat anders ligt als de verkoper een andere naam dan die van zichzelf gebruikt, ofwel omdat hij op internet bekend staat als oplichter⁴² ofwel omdat hij anders makkelijk zou zijn te ontmaskeren via het Meldpunt Internetoplichting.⁴³ Ook zou ik mij kunnen voorstellen dat dat anders ligt als iemand zich op Marktplaats bijvoorbeeld zou voordoen als de heer M.J. Borgers uit Amstelveen en een grote hoeveelheid oude drukken van de Corstens/Borgers te koop aanbiedt. Of als de heer J. de Hullu uit Den Haag die hetzelfde met oude drukken van het handboek Materieel strafrecht doet. Nu het voornamelijk juristen of studenten zullen zijn die daarin interesse hebben en zij de heer Borgers en De Hullu als betrouwbare personen zullen kennen, is het geen vreemde gedachte dat in dat geval de valse naam voor hen de reden zal zijn om het bedrag aan de verkoper over te maken. Naast feitenrechters die oordelen dat sprake is van oplichting omdat de verdachte een valse naam heeft aangenomen, zijn er enkele feitenrechters die oordelen dat de verdachte een valse hoedanigheid heeft aangenomen omdat hij aan de koper een vals rekeningnummer⁴⁴ of een vals adres⁴⁵ heeft doorgegeven. Wanneer de uitspraken waarin alle oplichtingsmiddelen zijn aangenomen (of daartussen geen keuze is gemaakt) buiten beschouwing worden gelaten, is er slechts één uitspraak waarin de feitenrechter oordeelde dat de Marktplaats-verkoper gebruik heeft gemaakt van listige kunstgrepen⁴⁶ en heeft hij in vijf uitspraken een

39 Zie Rb. Alkmaar 26 mei 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BR4481, Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4187, Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4195, Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4204, Rb. Amsterdam 22 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7777 en Rb. 's-Gravenhage 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19224. Elk van de alternatieven dient door de bewijsmiddelen te worden geschraagd. Zie onder andere HR 6 mei 2003, NJ 2003, 710 m.nt. Sch en HR 16 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3230.

40 Hof 's-Hertogenbosch 23 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:121, Hof 's-Hertogenbosch 23 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:122 en Hof 's-Gravenhage 16 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1640.

41 Twee uitzonderingen zijn de uitspraken van Rb. 's-Gravenhage 3 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8128 en Hof 's-Gravenhage 29 augustus 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3425. Zij overwegen dat, hoewel verdachte een valse naam heeft aangenomen, uit het dossier niet kan worden opgemaakt dat de benadeelden juist dáádoor zijn bewogen tot het overmaken van de geldbedragen.

42 Zie Rb. Noord-Nederland 25 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:2415. De rechtbank noemde dit in zijn vonnis, maar niet expliciet in het licht van de causaliteitsvraag.

43 Op <https://www.mijnpolitie.nl/b/miocheck2.html> kunnen namen en rekeningnummers worden gecontroleerd. Dat noopt de ware oplichter tot het telkens wisselen van naam en rekeningnummer.

44 Rb. Maastricht 2 februari 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BK1160, Rb. Zwolle-Lelystad 17 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL0027, Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4187, Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4195, Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4204 en Rb. 's-Gravenhage 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19224.

45 Rb. Alkmaar 26 mei 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BR4481 en Hof 's-Gravenhage 16 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1647.

46 Rb. Noord-Nederland 25 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:2415.

samenweefsel van verdichtels aangenomen⁴⁷. Net als bij de uitspraken waarin een valse naam is aangenomen, wordt ook in al deze uitspraken geen motivering gewijd aan het oorzakelijke verband tussen het oplichtingsmiddel en de betalingen die de benadeelden hebben gedaan.⁴⁸

Voorts valt het op dat in de uitspraken waarin een samenweefsel van verdichtels is aangenomen, slechts één keer (een gedeelte van) het beoordelingskader van de Hoge Raad ten aanzien van dat oplichtingsmiddel terugkomt. Nu zich op het internet voornamelijk mensen bevinden met wiens persoonlijkheid niets bijzonders aan de hand is, dient de feitenrechter te beoordelen of het verhaal van de verdachte meer dan één leugen bevat, in hoeverre de in het algemeen in het maatschappelijk verkeer vereiste omzichtigheid degene tot wie de mededelingen zijn gericht aanleiding had moeten geven de onwaarheid te onderkennen of zich daardoor niet te laten bedriegen en of sprake is van een causaal verband.⁴⁹ De vraag kan dan worden gesteld welke voorzorgsmaatregelen mogen worden verwacht van degene die iets via Marktplaats wil kopen. Het komt mij niet onredelijk voor om van de koper in ieder geval te verlangen dat hij handelt volgens de tips voor veilig handelen die op de website van Marktplaats staan vermeld.⁵⁰ Tot die tips behoren onder andere: zoek naar producten bij u in de buurt en haal deze zelf op bij de verkoper, wees alert als de verkoper veel gewilde producten tegen zeer lage prijzen aanbiedt, lees ervaringen van andere Marktplaatsgebruikers over de adverteerder, controleer de persoonsgegevens, het telefoonnummer en het bankrekeningnummer van de verkoper via het Meldpunt Internetoplichting en betaal het product – zo mogelijk – via PayPal, zodat u aankoopbescherming heeft. Het Hof 's-Gravenhage oordeelde in een arrest van 16 april 2014 dat de benadeelden handelden met de in het algemeen in het maatschappelijk verkeer vereiste omzichtigheid om zich niet lichtvaardig te laten bedriegen, door niet slechts op basis van een advertentie een betaling te doen, maar na per e-mail of telefoon daadwerkelijk contact met de verkoper te hebben gehad.⁵¹ Dat oordeel overtuigt mij niet. In de praktijk komt het immers nooit voor dat iemand een geldbedrag betaalt zonder dat hij contact heeft gehad met de verkoper, alleen al omdat de koper anders niet over het bankrekeningnummer van de verkoper beschikt.⁵² Verder oordeelde het Hof dat de voorgestelde koopsom zodanig was, dat van de benadeelden geen verdergaande onderzoeksplicht kon worden gevergd. De benadeelden hadden op basis van de hoogte van de koopsom niet hoeven te twijfelen over de vraag of het product wel geleverd zou worden.⁵³ Aldus handelt volgens het Hof 's-Gravenhage de koper met gemiddelde voorzichtigheid wanneer hij contact heeft gehad met de verkoper en die verkoper geen vreemde prijs vraagt voor het goed waarin hij geïnteresseerd is. Hiermee ligt de drempel voor het verkrijgen van de bescherming van het strafrecht bij het Hof 's-Gravenhage wel erg laag – mijns inziens té laag – en in ieder geval lager dan door Marktplaats zelf redelijk wordt geacht.

47 Rb. Maastricht 2 februari 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BK1160, Rb. Haarlem 17 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8294, Rb. Noord-Nederland 25 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:2415, Hof 's-Gravenhage 16 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1640 en Hof 's-Gravenhage 16 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1647.

48 Hoewel de motivering erg summier is, vormt de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage 16 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1640 hierop een uitzondering.

49 HR 15 november 2011 (NJ 2012, 279) m.nt. Reijntjes, r.o. 3.3.

50 Zie op www.marktplaats.nl onder het kopje 'Veilig handelen'.

51 Zie Hof 's-Gravenhage 16 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1647 onder het kopje 'Nadere bewijsoverweging ter zake van het onder 1 tenlastegelegde'.

52 Hoewel denkbaar is dat de advertentietekst al een rekeningnummer bevat, komt dat in de praktijk zelden voor.

53 Ik zou mij kunnen voorstellen dat dat anders ligt als sprake is van een relatief laag aankoopbedrag. Dat zou voor de koper ook een reden moeten zijn om te twijfelen aan de authenticiteit van een bepaald product (denk aan de vele merkproducten die via Marktplaats worden verkocht).

Wat verder opvalt, is dat de rechtbank Amsterdam en 's-Gravenhage het aantal benadeelden van belang achten bij de beoordeling of de malafide Marktplaatsverkoper een oplichter is of slechts een wanpresteerder. De redenering is dat wanneer de verkoper één enkele keer zijn verplichting tot het leveren van een goed niet nakomt, het voor de hand ligt om het conflict aan de burgerlijke rechter voor te leggen, maar als dat vaker gebeurt, de verkoper moet worden veroordeeld voor oplichting.⁵⁴ Hoewel het aantal kopers dat zijn goed niet geleverd krijgt iets zou kunnen zeggen over het voor oplichting vereiste oogmerk, speelt dat gegeven verder in geen enkel opzicht een rol bij de vraag of in al die gevallen telkens aan alle vereisten voor oplichting is voldaan.

Tot slot volgt uit het voorgaande dat in de feitenrechtspraak de vraag wanneer wordt voldaan aan de vereisten die gelden voor oplichting en de vraag wanneer het meer in het algemeen wenselijk is dat personen bij aankopen via Marktplaats worden beschermd door het strafrecht, door elkaar lijken te lopen. Feitenrechters hebben sterk de neiging om de malafide Marktplaatsverkoper te veroordelen voor oplichting en hem daarvoor een straf op te leggen, omdat dat als de meest wenselijke uitkomst van de zaak wordt gezien. Juist daarom oordelen zij – tegen de rechtspraak van de Hoge Raad in – dat het enkele niet leveren van een goed oplichting oplevert, geven zij aan relevante criteria – zoals de in het maatschappelijk verkeer vereiste omzichtigheid – een zodanige ruime uitleg, dat snel tot strafbaarheid wordt gekomen, lopen zij de wettelijke vereisten van artikel 326 Sr niet nauwkeurig af en laten zij na om de bewezenverklaring (uitgebreid) te motiveren, waarbij opvalt dat in de rechterlijke motivering met name geen aandacht wordt besteed aan de causaliteitsvraag. De vraag rijst of het verstandig is om telkens de neiging te hebben om tot een veroordeling voor oplichting te komen, zeker nu Tweede Kamerlid Jeroen Recourt van de Partij van de Arbeid heeft aangekondigd zich sterk te willen maken voor een aparte strafbaarstelling van het herhaaldelijk en opzettelijk niet leveren van goederen, terwijl daar wel geld voor is ontvangen.⁵⁵ Zoals hij terecht opmerkt, heeft de wetgever bij het bepalen van het beschermingsbereik van artikel 326 Sr geen rekening kunnen houden met het feit dat het handelsverkeer op den duur voor een groot gedeelte via het internet zou verlopen en dat als gevolg daarvan veel mensen gedupeerd kunnen raken. Het bestaan van een strafbepaling die de tegenhanger van flessentrekkerij (artikel 326a Sr) bevat, kan ervoor zorgen dat de feitenrechter de malafide Marktplaatsverkoper, om zijn onwenselijke gedrag te kunnen sanctioneren, niet meer hoeft te veroordelen voor een delict dat hij eigenlijk niet heeft gepleegd.

5 Tot slot

In deze bijdrage stond de grens tussen de niet-strafbare en de strafbare niet-nakoming in de zin van artikel 326 Sr centraal. Ten aanzien van de vraag of de malafide verkoper op Marktplaats zich al dan niet schuldig maakt aan oplichting kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid dat het enkele niet leveren van een goed geen oplichting oplevert. Hoewel die gedraging dus niet strafbaar is, zijn er verschillende feitenrechters die de verkoper in zo'n geval toch voor oplichting veroordelen. Voor feitenrechters die met de Hoge Raad van oordeel zijn dat voor een veroordeling voor oplichting méér nodig is dan het enkele niet leveren van een goed, geldt dat zij in het vervolg alle wettelijke vereisten van artikel 326 Sr nauwkeurig dienen na te lopen en dat zij (beter) moeten motiveren waarom zij menen dat het oplichtingsmiddel voor de koper de reden is geweest om een geldbedrag

54 Rb. Amsterdam 22 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7777 respectievelijk Rb. 's-Gravenhage 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19224.

55 Zie <http://www.pvda.nl/berichten/2013/11/Internetoplichting+bestrafpen#>.

aan de verkoper over te maken en die reden dus niet ergens anders in ligt. De bepaling van artikel 326 Sr is immers niet in het leven geroepen om naïeve consumenten te beschermen, maar om zich slechts op de uitwassen van (onder andere) het handelsverkeer te richten. Daarnaast zal ook het maken van een (goede) keuze tussen de verschillende oplichtingsmiddelen de begrijpelijkheid van de rechtspraak ten goede komen.

Wanneer de door Recourt voorgestelde strafbaarstelling van het herhaaldelijk en opzettelijk niet leveren van goederen wordt ingevoerd, kan de feitenrechter in zaken waarin enkel sprake is van het niet leveren van een goed, de verdachte voor dát feit veroordelen en hoeft zij hem niet langer – ten onrechte – voor oplichting te veroordelen. In zaken waarin meer aan de hand is dan enkel het niet leveren van een goed, kan de feitenrechter met inachtneming van de hiervoor genoemde aandachtspunten zich dan buigen over de juridische finesses van artikel 326 Sr.